最高法院刑事判決

114年度台上字第4046號

上　訴　人　AW000-A111484C（姓名年籍詳卷）

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國114年5月28日第二審判決（113年度侵上訴字第284號，起訴案號：臺灣臺北地方檢察署111年度偵字第32817、36120號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於其事實欄壹，貳之六、八及參之一、二部分均撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理　由

甲、撤銷發回（即原判決事實欄〈下稱事實〉壹，貳之六、八及參之一、二）部分

一、原判決認定上訴人AW000-A111484C（姓名年籍詳卷）有事實壹，貳之六、八及參之一、二部分所載犯行，因而撤銷第一審關於其附表（下稱附表）一編號1、7、9、11「原審主文」欄所示罪刑及所定應執行刑部分之判決，變更起訴法條，改判依想像競合犯規定從一重論處上訴人犯附表一編號1、7、9、11「本院主文」欄所示之民國106年11月29日修正，000年0月0日生效施行之兒童及少年性剝削防制條例（下稱修正前兒少性剝削防制條例）第36條第2項之以他法使兒童被拍攝為猥褻行為之電子訊號共3罪刑（編號1部分，另犯刑法第225條第2項之乘機猥褻罪；編號7、9部分，均另犯兒童及少年福利與權益保障法〈下稱兒少福權法〉第112條第1項前段、刑法第315條之1第1項第2款之成年人故意對兒童犯竊錄他人非公開活動及身體隱私部位罪），及95年5月30日修正，同年7月1日生效施行之兒童及少年性交易防制條例（下稱兒少性交易防制條例）第27條第3項之以他法使未滿18歲之人被拍攝猥褻行為之電子訊號1罪刑（編號11部分，另犯兒少福權法第112條第1項前段、00年0月0日生效施

行〈下稱修正前〉刑法第315條之1第1項第2款之成年人故意對少年犯竊錄他人非公開活動及身體隱私部位罪）；另維持第一審關於從一重論處上訴人犯如附表一編號10「原審主文」欄所示之兒少性交易防制條例第27條第4項之以違反本人意願之方法使未滿18歲之人被拍攝猥褻行為之電子訊號罪刑（另想像競合犯94年2月2日修正，00年0月0日生效施行之刑法第224條之1、第222條第1項第2款、第224條之對未滿14歲之女子為強制猥褻罪）之判決，駁回上訴人此部分在第二審之上訴。固非無見。

二、兒少性剝削防制條例第36條之犯罪，其第1項「拍攝兒童或少年（下稱兒少）性影像」為基本要件，第3項則為加重要件。從文義解釋而言，該第1項拍攝兒少性影像罪之處罰，並未針對被害人知情與否之主觀狀態，另設要件或限制，只要拍攝兒少之性影像，即符合拍攝兒少性影像罪之一般處罰規定。故以偷拍方式，對不知情之兒少拍攝其性影像，即屬第1項文義解釋之射程範圍。倘行為人另有招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法而「促使或助益」兒少性影像拍攝之行為，甚或進一步壓抑、妨害兒少性隱私之意思自由，以「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法」行之，始依同條第2項或第3項之加重規定處罰。同條第3項保護之法益，除兒少之性隱私與身心健全發展外，另及於兒少性隱私意思自由，屬雙行為犯。而保護個人意思自由之刑罰法律，關於「強暴、脅迫等或其他違反本人意願之方法」之規定，雖不以類似於所列舉之強暴、脅迫等高度強制行為為必要，低度強制行為亦包含在內，但仍須其行為客觀上足以壓抑或妨害被害人意思自由，始足當之。因此同條第3項犯罪之成立，除拍攝兒少性影像之基礎行為外，尚須行為人以該項手段，壓抑或妨害兒少對於拍攝性影像之意思自由，而以不法程度較高之方式侵害其性隱私自主權，方能依第36條第3項之加重規定論處，此為本院最近統一之見解。

三、經查：

㈠原判決於事實壹認定：上訴人於111年7月9日2時2分左右，在其當時住處（完整地址詳卷，以下簡稱本案住所）的胞兄房間內，趁被害人甲女（000年0月生，姓名年籍詳卷）熟睡之際，掰開甲女外褲、內褲使她的臀部及外陰部裸露，以此方式對甲女為猥褻行為得逞，並持手機以照相竊錄甲女身體隱私部位，而攝得如附表二編號1所示的猥褻行為圖片電子訊號等情（見原判決第1頁）；復於事實貳之六、八各認定：上訴人先後於111年5月19日21時7分至8分左右、111年8月17日19時49分至50分左右，在隱匿未告知被害人乙女（000年0月生，姓名年籍詳卷），利用乙女無從知情同意、意思自由亦未受妨礙或壓制的情況下，在本案住所走廊，持不詳裝置無故以錄影竊錄乙女非公開的如廁活動與身體隱私部位，而各攝得如附表二編號9、11所示、乙女裸露臀部、外陰部使用尿壺如廁的影片電子訊號等情（見原判決第3、4頁）；另於事實參之二認定：於96年至98年間某日，在隱匿未告知被害人A2（00年0月生，姓名年籍詳卷），利用A2無從知情同意、意思自由亦未受妨礙或壓制的情況下，在本案住所廁所架設密錄器，無故以錄影竊錄A2非公開的如廁活動與身體隱私部位，而拍攝如附表二編號13所示的猥褻行為影片電子訊號等情。上情如果無誤，則上訴人於拍攝甲女、乙女、A2裸露陰部及臀部等猥褻行為影像時，究竟以何具體之方法「促使或助益」兒少被拍攝猥褻行為之電子訊號，而該當於修正前兒少性剝削防制條例第36條第2項或兒少性交易防制條例第27條第3項之加重要件，自應詳加論究審認明白，始足為論罪科刑之基礎。原審對上述重要疑點未詳加調查釐清明白，亦未於判決理由加以論敘說明，遽為上訴人不利之認定，自嫌有理由欠備、證據調查職責未盡之違誤。

㈡又原判決事實參之一認定：上訴人於92年至93年間某日，在其住所房間內，違反A2之意願，用手撥開、撫摸A2的外陰部，以此方式對A2為猥褻行為得逞，並持不詳設備拍攝如附

表二編號12所示裸露陰部、臀部的猥褻行為圖片電子訊號等情（見原判決第4頁），而從一重論處以違反本人意願之方法使未滿18歲之人被拍攝猥褻行為之電子訊號罪刑，其理由固說明係依憑A2證稱：上訴人拍攝如附表二編號12所示的猥褻行為圖片部分，我記得當時上訴人把我叫進他的房間後，有摸我的下體及外陰部並拍攝影像，我有反抗，後來他有叫我轉過去背對他，我不知道他在幹嘛等語，而認A2於當時年僅7至9歲，既表示上訴人摸她的下體及外陰部並拍攝影像時有所反抗，已表達反對之意，則上訴人此部分所為自屬「違反意願之方法」等旨（見原判決第8、16頁）。惟核之卷內資料，A2於警詢時係證稱：我都不知道亦不同意上訴人拍攝上揭影像；上訴人叫我將褲子脫掉，他就用手摸我的下體…，接著他就叫我轉過去背對他，我也不知道他在幹嘛等語（見偵字第36120號卷第169、171頁）；於偵查亦證稱：我係經本案警察通知後，才知道被偷拍；拍照時候沒有反抗等語在卷（同上偵卷第342頁），則原判決認定A2曾表達反對上訴人拍攝其影像之意云云，似與卷內筆錄有所出入，已有認定事實未憑卷證之失。倘若A2之證詞屬實，A2於上訴人實施猥褻行為時，似乎並不知上訴人同時有攝影行為，則上訴人是否尚有壓抑、妨害兒少性隱私意思自由使A2被拍攝性影像之主客觀行為，而合於「強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法」之加重要件，其事實仍有未明，自有詳加探求之必要，原審未予調查釐清，遽行判決，亦有應於審判期日調查之證據，未予調查之違誤。

四、以上或為上訴意旨執以指摘，或為本院得依職權調查之事項，且第三審法院應以第二審判決所確認之事實為判決基礎，原判決之上開違背法令情形，已影響於事實之確定，本院無從據以自為判決，應認原判決關於事實壹，貳之六、八及參之一、二部分，有撤銷發回更審之原因。

乙、上訴駁回部分

壹、事實貳之一至五、七及陸部分

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。至原判決究有無違法，與上訴是否以違法為理由為兩事。

二、本件原審審理結果，認定上訴人有如事實貳之一至五、七所載之犯行，因而撤銷第一審關於上訴人犯如附表一編號2至6、8「原審主文」欄所示修正前兒少性剝削防制條例第36條第3項之以違反本人意願之方法使兒童被拍攝為猥褻行為之電子訊號共5罪刑（編號2至5、8部分），及同條項之以違反本人意願之方法使兒童被拍攝為性交及猥褻行為之電子訊號1罪刑（編號6部分）部分之判決，變更起訴法條，改判依想像競合犯規定從一重論處如附表一編號2至6、8「本院主文」欄所示修正前兒少性剝削防制條例第36條第2項之引誘使兒童被拍攝為猥褻行為之電子訊號共5罪刑，及同條項之引誘使兒童被拍攝為性交及猥褻行為之電子訊號1罪刑（編號2至5、8部分，均另犯刑法第227條第2項對未滿14歲女子為猥褻罪；編號6部分，另犯同條第1項對未滿14歲女子為性交罪），已依調查證據之結果，載述憑以認定之心證理由；另上訴人經第一審判決認定有如事實陸所載犯行，因而論處如附表一編號18所示之成年人對少年犯修正前竊錄他人身體隱私部位罪刑後，檢察官及上訴人提起第二審上訴，均明示僅就刑部分上訴，原審審理結果，維持第一審所為量刑部分之判決，駁回檢察官及上訴人此部分在第二審之上訴，亦已載述審酌之依據及裁量之理由，俱有卷證資料可資覆核。

三、刑之量定，屬法院得依職權裁量之事項，如於量刑時，已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度之內予以裁量，又未濫用其職權，即不得遽指為違

法。原判決就事實貳之一至五、七部分，撤銷第一審判決，就所犯各罪均改判量處較輕之刑，已參酌刑法第57條各款規定，先以上訴人的犯罪動機、目的、手段、犯罪所生損害等犯罪情狀事由，確認責任刑之範圍，再以上訴人的犯後態度、品行、生活狀況、智識程度、社會復歸可能性等一般情狀事由，調整責任刑，而為量刑，並說明上訴人已與乙女及其父母調解成立，可作為有利之量刑事由之旨（見原判決第26、27頁）；復以第一審判決就事實陸部分，已經參酌刑法第57條所定各款裁量事實，所為量刑並未違反罪刑相當及平等原則，核無違誤，因予維持之旨（見原判決第24、25頁），於法並無不合。上訴意旨仍稱原判決未審酌上訴人犯後已經深切懊悔，且積極尋求和解，坦承應負之責任，復未參考他案判決之量刑，而有違誤云云，核係無視於原判決所為之論敘說明，對於原審刑罰裁量之適法行使，憑持己意，任意爭辯，並非適法之第三審上訴理由。

四、再者，上訴人之此部分事實，並未經原判決論處修正前兒少性剝削防制條例第36條第3項之罪刑，則上訴意旨仍泛稱上訴人所為不該當於該罪之構成要件，而指摘原判決違誤云云，亦非依憑卷證所為之具體指摘，殊非上訴第三審之合法理由。

五、綜上，上訴人此部分之上訴，不合法律上之程式，應予駁回。

貳、事實肆之一至三、伍之一至三及柒部分

按刑事訴訟法第376條第1項所列各罪之案件，經第二審判決者，如無該項但書所列情形，不得上訴於第三審法院，為該法條所明定。本件關於事實肆之一至三、伍之一至三及柒部分（即被害人A1、A5、A4），原審係維持第一審關於論處上訴人犯修正前刑法第315條之1竊錄他人非公開活動及身體隱私部位6罪，及現行刑法第315條之1竊錄他人身體隱私部位1罪科刑部分之判決（如附表一編號12至17、19），駁回上訴人及檢察官此部分在第二審之量刑上訴，核屬刑事訴訟法第

376條第1項第1款之案件。依前述說明，既經第二審判決，自不得上訴於第三審法院，上訴人就此猶提起上訴，顯為法所不許，應併予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段、第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　19　　日

刑事第九庭審判長法　官　林英志

法　官　劉興浪

法　官　陳德民

法　官　許泰誠

法　官　蔡廣昇

本件正本證明與原本無異

書記官　盧翊筑

中　　華　　民　　國　　115　　年　　3　　月　　23　　日